

Legal |  
Análisis Jurídico | Constitucional | Artículo 1 de 1

# ¿Nueva Constitución o reforma constitucional? Criterios de identificación

"...A la base de todo el proceso se encuentra un paradigma de cambio constitucional como un reemplazo constitucional en democracia que enfatiza los principios del constitucionalismo, que importa la participación de múltiples actores en diversas etapas, que considera relevante la continuidad legal y que se opone al paradigma que ha guiado los procesos constituyentes latinoamericanos..."

Jueves, 13 de octubre de 2022 a las 11:27



A<sup>-</sup> A<sup>+</sup> Imprimir Enviar

**José Francisco García**

Mientras avanzan las discusiones en el Congreso Nacional respecto del nuevo proceso constituyente, el debate sobre los "bordes" que debería respetar el futuro órgano constituyente ha generado controversia acerca de si se trata de un proceso conducente a una nueva Constitución o más bien de una (mera) reforma constitucional.

Se ha planteado, con razón, que un exceso de "bordes" al futuro órgano constituyente importaría transformar un proceso constituyente (conducente a una nueva Constitución) en una reforma constitucional. En efecto, si los "bordes" son planteados como límites materiales o "vetos" infranqueables, especialmente si pueden ser objeto de exigibilidad judicial, se reduce considerablemente el margen de acción del futuro órgano y, en sentido estricto, actuaría como poder constituyente derivado, de reforma. A ello se suma la propuesta que apunta a que una comisión técnica, de manera previa al trabajo del órgano, elabore un ante proyecto que sea luego discutido por este, o bien, reúna, en un comparado, la última versión de la Constitución de 1925, la vigente, la "propuesta Bachelet" y la propuesta de la Convención Constitucional, y que el órgano se limite a trabajar sobre ellas. Todas estas propuestas buscan evitar la "hoja en blanco".

Recordemos que en el proceso constituyente fallido, la "hoja en blanco" tenía dos componentes: por un lado, formalmente importaba redactar la propuesta desde una hoja en blanco *ex nihilo*, sin consideración de texto constitucional alguno, lo que ponía en discusión todo principio, derecho y órgano constitucional (y que se asoció a una pretensión refundacional), y, por el otro, que no existía regla *default* o por defecto, esto es, donde no hubiera en la Convención acuerdo por 2/3 en alguna propuesta de norma, la cuestión quedaría entregada a la ley y no quedaría vigente la norma constitucional existente en esa materia precisa. A la base de una versión fuerte de "hoja en blanco" subyacía, en realidad, la idea errónea de que la

Convención era una Asamblea Constituyente (latinoamericana) soberana con poderes ilimitados. Esta idea potenció las pretensiones refundacionales de grupos radicales de la Convención.

Este primer criterio es fundamental de cara al nuevo proceso. Ante la falta de acuerdo en una materia, ¿en el futuro órgano constituyente rige o no la regla actual de la Constitución por defecto? Si la respuesta es afirmativa, estaremos ante un indicio claro de que nos encontraremos ante una reforma constitucional; de lo contrario, estaríamos en un proceso conducente a una nueva Constitución (aunque una "hoja en blanco" más bien acotada por los "bordes", límites procedimentales, el comparado con textos anteriores, etc.).

Un segundo criterio de identificación es formal. Así, por ejemplo, un plebiscito ratificatorio o de "salida", incluso si el proceso desemboca en una reforma constitucional discutida en el Congreso o en el que este tiene la última palabra, tiene formal y políticamente la aptitud de conducir a una "nueva" Constitución. Lo decisivo es la ratificación ciudadana y el ánimo colectivo de dotarse de un nuevo pacto político. Es la crítica que se ha hecho a la omisión de este paso en la reforma de 2005. Otro ejemplo de criterio formal lo encontramos en si el proceso se articula a partir del epígrafe 1 del capítulo XV de reformas a la Constitución, lo que denominamos reformas parciales, o bien, a partir del epígrafe 2 del mismo, que contiene un procedimiento de elaboración de una nueva Constitución introducido por la Ley N° 21.200, que elaboró el anterior proceso constituyente, con reglas especiales y diferenciadas respecto de las reformas parciales (que fueron las utilizadas para incluir, por ejemplo, la reciente reforma que rebajó a 4/7 el *quorum* de reformas constitucionales). En todo caso, este último debería ser modificado o reemplazado para implementar el nuevo proceso. Nótese que, en ambos casos, el protagonista podría ser el Congreso. Es más, podría perfectamente pensarse en un Congreso constituyente (se vuelve poco plausible esta idea si se mantienen las elecciones generales de noviembre de 2025 para estos efectos).

Por el contrario, un tercer criterio de identificación de si estaremos ante una nueva Constitución o una reforma constitucional, es material. Aunque formalmente se reforme la Constitución vigente, incluso por el Congreso, estas pueden ser de tal entidad sustantiva que sean idóneas para transformar completamente la existente. Por supuesto, no hay un estándar único de evaluación y habrá controversia, pero en el pasado ello se ha asociado, por ejemplo, a reducir los *quorums* de reforma constitucional (lo que se produjo con la reciente reforma de los 4/7); eliminar las leyes supermayoritarias (que se encuentra actualmente en discusión); eliminar el control preventivo del Tribunal Constitucional, entre otros. Junto con la descentralización, perfeccionar el régimen político y modernizar el Estado, hoy se extiende a cambiar pilares centrales de las bases de la institucionalidad, como avanzar hacia un Estado Social y Democrático de Derecho, fortalecer los derechos sociales y el estatuto del medioambiente y la naturaleza, o reconocer a los pueblos originarios, sus derechos colectivos y esferas de autonomía colectiva. Estas "reformas" cambiarían completamente el rostro de la Constitución vigente, permitiendo hablar de una nueva.

Otra manera de pensar este tercer criterio material nos lleva a la sentencia del Tribunal Constitucional que declaró inconstitucional la reforma constitucional que autorizaba los "retiros del 10% de fondos previsionales" (STC 9797). En esta, el TC, siguiendo el derecho comparado, desarrolló una doctrina de "reformas constitucionales inconstitucionales", lo que incluyó la identificación de límites a la reforma más allá de los cuales esta se desnaturalizaría o reconfigurarían pilares básicos de la Constitución vigente, cuestión que, por lo demás, también se ha discutido por otras cortes constitucionales (la "doctrina de la sustitución" en Colombia o de la "estructura básica" en India).

Ahora bien, todas estas distinciones y criterios —que pudieran parecer disquisiciones escolásticas— no

debieran oscurecer lo esencial de la discusión, como tampoco los aprendizajes que nos han dejado los dos procesos constituyentes fallidos (el de la Presidenta Bachelet y el de la Convención). Primero, la demanda ciudadana por una nueva Constitución (lo que no obsta que la política ordinaria encare de manera paralela los desafíos económicos, sociales y de seguridad que hoy apremian); que las decisiones de diseño del nuevo proceso, y en particular del futuro órgano constituyente, deben dar especial relevancia a la legitimidad democrática (hay buenas razones para optar por un órgano 100% electo con un mandato específico), y que los "bordes" son virtuosos si son entendidos como pactos políticos fundamentales de una nueva Constitución, los principios basales, estructurantes, de la nueva Constitución, y no como límites materiales o vetos al órgano constituyente, lo que, por lo demás, cambia la lógica de la necesidad de hacerlos exigibles por un órgano externo, sea el Congreso o, peor aún, en sede judicial.

Más importante aún, es que a la base de todo el proceso se encuentra un paradigma de cambio constitucional como un reemplazo constitucional en democracia que enfatiza los principios del constitucionalismo, que importa la participación de múltiples actores en diversas etapas, que considera relevante la continuidad legal y que se opone al paradigma que ha guiado los procesos constituyentes latinoamericanos, el de una Asamblea Constituyente soberana, con poderes ilimitados, con pretensiones refundacionales.

---

## **EL MERCURIO**

Términos y condiciones de la Información © 2002 El Mercurio Online